

# **A PRESCRIÇÃO PENAL É APLICÁVEL NAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS\***

Mauro Ferrandin\*\*

## **SUMÁRIO**

1 Considerações iniciais. 2 Fundamentos políticos da prescrição. 3 Vicissitudes da medida socioeducativa. 4 Incidência da prescrição penal nas medidas socioeducativas: duas vertentes. 4.1 Direito penal juvenil. 4.2 Direito infracional. 5 A Súmula 338 do STJ. 6 Considerações finais. 7 Referências.

## **RESUMO**

O presente artigo pretende analisar a mais recente Súmula do Superior Tribunal de Justiça na seara infanto-juvenil e a sua repercussão entre as principais doutrinas nacionais que debatem o tema, notadamente entre os defensores do direito infracional, em contraposição aos adeptos do chamado direito penal juvenil.

Palavras-chave: Direito penal juvenil. Direito infracional. Adolescente infrator. Garantismo jurídico. Prescrição. Súmula 338.

## **1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

Como sabido, não é nova a discussão acerca da aplicação do instituto da prescrição nas medidas socioeducativas, porquanto o Estatuto da Criança e do Adolescente quedou silente no que tange aos limites temporais da punição estatal ao ilícito cometido pelo adolescente infrator.

\* Súmula 338 – Superior Tribunal de Justiça.

\*\* Juiz de Direito. Mestrando em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí – Univali.

Não bastasse a desídia legislativa específica, a falta de consenso dos juristas quanto à natureza jurídica da medida socioeducativa alimentou este que é um dos principais entraves à pacificação da *quaestio* ao longo dos anos.

A edição da Súmula 338 do STJ passa, então, a representar um divisor de águas para os operadores do direito infanto-juvenil.

## 2 FUNDAMENTOS POLÍTICOS DA PRESCRIÇÃO

Prescrição, nos dizeres de Antônio Lopes Baltazar (2003, p.13),

é a perda do direito de punir, ou executar a pena, por parte do Estado, em face do decurso do tempo. Extingue-se a punibilidade quando o titular do *jus puniendi* não exercer a pretensão punitiva ou a pretensão executória em um determinado espaço temporal previsto em lei.

Segundo ainda Baltazar (2003, p. 19),

o termo prescrição é originário do latim *praescriptio*, entendido como um escrito posto antes, significando meio de defesa expedido antes da *demonstratio*, alertando o juiz e que, uma vez presente, não era mais possível examinar o mérito.

Quanto à natureza jurídica, a par daqueles que consideram a prescrição como de caráter processual ou misto (penal e processual), predomina o entendimento de que o instituto estaria vinculado ao direito substantivo, pois, independentemente de seus efeitos, é patente que se trata de regra de direito material, já que o direito formal somente surgirá após a formalização da relação jurídica (SCHMIDT, 1997, p. 23).

Baltazar (2003, p. 16-17) expõe os fundamentos mais significativos, dentre os vários analisados pelas teorias e doutrinas, sobre a instituição da prescrição, quais sejam: o “esquecimento, pela sociedade do crime cometido, levando ao desinteresse na punição”; o “remorso do criminoso que, presume-se, tenha expiado sua culpa de forma suficiente durante determinado lapso de tempo”; o “dever do Estado de arcar com a própria inércia”; a “dificuldade na coleção de provas, que impossibilitaria uma

justa apreciação do delito cometido”; e a “desnecessidade do castigo pela regeneração do criminoso”.

Logo, são desnecessárias maiores elucubrações para ver que é inaceitável que uma pessoa fique por tempo indeterminado sob a ameaça de uma ação penal ou de seus efeitos, antes de uma sentença que efetivamente declare sua condenação. Não poderá ela, de idêntica forma, suportar indefinidamente os vexames e prejuízos advindos de uma acusação não apazada.

### 3 VICISSITUDES DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA

Para compreender o porquê da submissão do adolescente infrator às medidas socioeducativas, perfazem úteis algumas prévias considerações.

Ato infracional, para Paulo Afonso Guarrido de Paula (2006, p. 26-27), é o cometimento, por uma criança ou adolescente, de ato descrito na legislação penal como crime ou contravenção. Logo, uma vez praticado o fato típico por este último, poderão ser-lhe aplicadas, além de medidas protetivas, as medidas socioeducativas, que caminham da advertência à privação da liberdade.

Com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente e a adoção da doutrina da proteção integral, diferentemente do que se propunha no Código de Menores, as medidas socioeducativas passaram a ser destinadas tão-somente aos menores conflitantes com a lei, com isenção dos desvalidos.

O rol disposto no art. 112 do ECA é taxativo e indica quais as modalidades de medidas aplicáveis aos infratores:

I – advertência; II – obrigação de reparar o dano; III – prestação de serviços à comunidade; IV – liberdade assistida; V – inserção em regime de semi-liberdade; VI – internação em estabelecimento educacional; VII – qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.

Os modelos das medidas socioeducativas em si não têm freqüentemente sofrido críticas; por outro lado, o impasse referente à sua natureza,

punitiva ou essencialmente pedagógica, é tema ainda intensamente dialogado. Exemplificando o confronto de idéias, Martha de Toledo Machado (2003, p. 47-48) adverte que se derrubam as garantias dos adolescentes sob o falacioso argumento de que “quando o estado, mediante a Justiça de Menores, priva-os de liberdade [...] estava sendo adotada uma medida de natureza *protetiva* e não repressiva”; João Batista Costa Saraiva (2003, p. 44), em contraponto, afirma que “faz-se inconstitucional do ponto de vista das garantias das liberdades individuais que o Estado, visando a proteger o sujeito, lhe subtraia a própria liberdade”.

#### 4 INCIDÊNCIA DA PRESCRIÇÃO PENAL NAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS: DUAS VERTENTES

Consoante anunciado, o embate de idéias quanto à natureza da medida socioeducativa nasceu junto com o Estatuto e, subsidiado por outras divergências hermenêuticas, polarizou-se em duas grandes frentes.

Em suma, de um lado, ancorados no chamado direito penal mínimo e, por conseqüência, favoráveis à aplicação de institutos típicos do direito penal e do direito processual penal surgiu, a teoria titulada de *direito penal juvenil*. Opostamente, concentraram-se aqueles que propugnam uma leitura do Estatuto da Criança e do Adolescente pelo viés constitucional, em que as medidas socioeducativas não poderiam ser confundidas com a pena propriamente dita, porquanto, revestidas de caráter reeducativo, não confortariam a índole sancionatória da pena, corrente doutrinária esta defensora do *direito infracional*.

Limitados à análise da Súmula em comento, passemos em revista as duas correntes suso mencionadas.

##### 4.1 Direito penal juvenil

Os partidários do direito penal juvenil argumentam que a extensão de institutos típicos do direito penal e processual penal aos procedimentos infracionais, além de indiretamente autorizados pela norma especial,

asseguraria aos adolescentes as mesmas garantias de que desfrutaram os maiores em processos comuns, conformando-se, assim, com os princípios constitucionais insculpidos na Carta Maior.

Nas palavras de João Batista Costa Saraiva (2003, p. 71),

não se pode ignorar que o Estatuto da Criança e do Adolescente instituiu no país um sistema que pode ser definido como de Direito Penal Juvenil. Estabelece um mecanismo de sancionamento, de caráter pedagógico em sua concepção e conteúdo, mas evidentemente retributivo em sua forma, articulado sob o fundamento do garantismo penal e de todos os princípios norteadores do sistema penal enquanto instrumento de cidadania, fundado nos princípios do Direito Penal Mínimo. Quando se afirma tal questão, não se está a inventar um Direito Penal Juvenil. Este está ínsito ao sistema do Estatuto da Criança e do Adolescente, e seu esclarecimento decorre de uma efetiva operação hermenêutica, incorporando as conquistas do garantismo penal e a condição de cidadania que se reconhece no adolescente em conflito com a Lei.

Ainda, segundo o pensamento do autor supramencionado, sobre a essência da medida:

A sanção socioeducativa tem finalidade pedagógica, em uma proposta de socioeducação. Não há, porém, sendo sanção, deixar de lhe atribuir natureza retributiva, na medida em que somente ao autor de ato infracional se lhe reconhece aplicação. Tem força de coercitibilidade, sendo, pois, imposta ao adolescente (SARAIVA, 2006, p. 65).

Amaral e Silva (1998, p. 215-230), em sua clássica lição, não destoia; sustenta o eminente Desembargador catarinense que ao Estatuto da Criança e do Adolescente trasladaram-se as garantias do processo comum para o fim de conjugar o cunho pedagógico das medidas socioeducativas com a humanização decorrente da aplicação de um direito penal mínimo, plasmado, em suma, na efetividade de seus limites e garantias.

Em recente produção, argumenta Joubert Farley Eger (2007):

Vivifica-se nos arautos jurídicos que a prescrição é direito subjetivo e fundamental inerente a todo o cidadão, eviden-

ciado em todos os ramos do direito (tributário, penal, civil, comercial, administrativo, processual) esclarecendo, a própria *Lex Mater*, as circunstâncias em que tal não se prestará a ser utilizado (art. 5º, incisos XLII e XLIV). Imagine-se o diploma do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei n. 8.069/90 – concebido pelos documentos mais garantistas de direitos humanos (Convenção e as Regras Mínimas de Beijing, os Documentos de Direitos Humanos das Nações Unidas e as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Juventude) declinar de direitos que, para adultos são reconhecidos e às crianças e adolescentes não! O ECA, cristalizado por uma Doutrina de Proteção Integral, reconhecendo, deste modo, a criança e o adolescente como sujeito em condições peculiares de formação, não pode enveredar por ínvios caminhos que só trariam a degradação do psiquismo juvenil e a conseqüente delinquência e marginalidade da vida adulta. Se a carga mais acentuada das medidas corresponde a sua função pedagógica e não retributiva, não será menos correto o emprego da prescrição. Até mesmo a modesta aplicação, pelo genitor de uma criança ou adolescente, do *animus corrigendi* ou *disciplinendi*, num determinado tempo por demais extenso a partir da data da indisciplina, não lhe alcançaria o êxito pretendido.

É proveitoso elucidar que, nesta mesma senda, Wilson Donizete Liberati (2002, p. 100-101) preleciona que as medidas socioeducativas têm, nitidamente, natureza punitiva, apesar de executadas por intermédio de meios pedagógicos. Conforme ele, aliás, os métodos para a aplicação de tais medidas podem ser pedagógicos, sociais, psicológicos e psiquiátricos, cujo escopo é a integração do adolescente à comunidade e à sociedade.

Já para Karyna Batista Sposato (2006, p. 114) a medida socioeducativa cumpre o mesmo papel de controle social que a pena, e goza das mesmas finalidades e conteúdo. Para a autora, a medida “representa o exercício do poder coercitivo do Estado e implica necessariamente uma limitação ou restrição de direitos ou de liberdade. De uma perspectiva estrutural qualitativa, não difere das penas”.

## 4.2 Direito infracional

Com aportes na criminologia crítica, expoente desta vertente, Alexandre Morais da Rosa (2005, p. 41-45) sublinha as falhas do sistema criminal como um todo, cujos vícios, se transportados à cena infracional, redundariam num claro retrocesso à doutrina da situação irregular que, sob falsas premissas de um modelo que se diz garantista, seriam mantidas práticas já rechaçadas pela moderna dogmática que garante ao adolescente a sua condição de sujeito de direitos.

O autor também sentencia que a medida socioeducativa, longe de uma fundamentação jurídica, possui somente uma justificação política, de ato de força estatal, e afasta qualquer pretensão retributiva ou preventiva. Para ele, existiria, portanto, uma dupla funcionalidade da medida: “Primeiro impedir a vingança privada [...]. Em segundo lugar, restringindo a manifestação do poder político estatal [...]” (ROSA, 2005, p. 181).

Outro teórico desse método, Mário Luiz Ramidoff (2006, p. 80), defensor do caráter educativo da medida aplicada ao infrator, assinala que,

considerando o caráter educativo-pedagógico, pode-se legitimamente afirmar que a medida socioeducativa não se constitui numa sanção, vale dizer, não possui caráter, essência ou mesmo conteúdo sancionatório [...] a medida socioeducativa é preliminarmente a estipulação de uma relação conceitual normativa [...] estimativa e limitativa da intervenção estatal diferenciada, em dimensão programática.

Paulo Afonso Garrido de Paula (2006, p. 44), ao afirmar que o direito da criança e do adolescente baseou-se no garantismo penal, assevera:

Com base na Constituição da República, que inseriu em nosso ordenamento a doutrina da proteção integral e sedimentou os alicerces da criação e desenvolvimento de um novo Direito da Criança e do Adolescente, adveio um sistema próprio de responsabilização de autores de atos infracionais. Trata-se de um conjunto sistêmico distinto do Direito Penal, muito embora se tenha abeberado em suas conquistas por meio da incorporação de direitos e garantias classicamente alocados nesse ramo.

Em suma, pretendem os doutrinadores do direito infracional demonstrar que o direito penal juvenil em nada contribuirá para reenquadrar a distorcida visão sobre a política de implementação do ECA, uma vez que o que merece ser sopesado são as medidas que visem coibir arbitrariedades por parte do Estado.

Destarte, diante desse contexto, é forçoso concluir que a edição da Súmula em comento vem ao encontro dos ideais defendidos pela primeira corrente, causando, de fato, certa ruptura no sustentáculo da doutrina divergente, uma vez que um dos seus pilares residia, justamente, na até então divergência jurisprudencial acerca da natureza da medida socioeducativa.

## 5 A SÚMULA 338 DO STJ

Resultado de reiteradas decisões, em 16 de maio de 2007, o Superior Tribunal de Justiça publicou a Súmula 338 e, de modo cortante, pôs uma pá de cal numa querela que se arrastava desde sempre.

Reconheceu o Pretório Excelso ser a natureza pedagógica das medidas socioeducativas indissociável do seu caráter punitivo e, com isso, não apenas pôs termo à celeuma jurisprudencial, mas fortificou o substrato daquela corrente que propugna pela emancipação do direito penal juvenil. Veja-se:

De ver-se que os infratores são submetidos às normas configuradoras de injustos para a caracterização do denominado ato infracional (art.103 do ECA), sujeitando-se, pois, a medidas restritivas de direitos e privativas de liberdade, às vezes, na prática, até mais gravosas que as impostas aos imputáveis. Portanto, não se pode negar que as medidas socioeducativas têm, na realidade, uma certa conotação repressiva, ainda que formalmente sejam preventivas<sup>1</sup>.

Aliás, a sustentação dessa opção já contava com o apoio da maioria dos tribunais estaduais, destacando-se entre eles a importante contribuição

1 Recurso Especial n. 605.605/MG (2003/0165370-4) – STJ.



da Corte catarinense que, na quase totalidade, vinha há bom tempo reconhecendo a possibilidade de prescrição nesta seara.

É evidente que a edição da Súmula, por si só, não terá o condão de mudar paradigmas, principalmente porque, tal como surgiu, com o decorrer do tempo poderá desaparecer, se porventura a construção teórica ora vencida reunir forças para inverter a situação, o que não seria novidade<sup>2</sup>.

Entrementes, considerando o enredo que permeou a sedimentação do tema, não parece crível que o entendimento acerca da natureza bivalente das medidas socioeducativas possa ser alterado, ainda mais quando a tendência para o aumento do prazo de internação dos adolescentes infratores se encontra na ordem do dia, haja vista a odiosa prática nacional, em regra, estruturada em pressupostos de verdadeira profilaxia social, de editar leis de ocasião (LEAL, 2004).

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se pode notar, as divergências interpretativas sobre a matéria, além da inexistência de regras expressas que assegurem todos os direitos aos adolescentes, por muito tempo deram margem às distorções na consecução dos objetivos traçados pela Doutrina da Proteção Integral<sup>3</sup>.

No entanto, se é certo que em face da primazia da Constituição da República deve o Estado garantir todos os direitos nela corporificados aos maiores que praticam um delito, não menos certo parece que ao adolescente infrator, também sujeito de direito (e deveres), devem ser estendidos, no mínimo, os mesmos direitos e garantias penais e processuais, sob pena de se convolar interpretações discricionárias aptas a permitir o arbítrio, em franca discordância com o moderno Estado de Direito. Trata-se, pois, das bases do garantismo jurídico, o qual, na

2 Súmulas 174 e 388 do STJ e do STF, respectivamente.

3 Expressão oriunda da Declaração Universal dos Direitos das Crianças da ONU, de 1959.

definição de Luigi Ferrajoli, a quem Alexandre da Maia (2000, p. 94) referencia, significa:

uma forma de direito que se preocupa com aspectos formais e substanciais para que o direito seja válido. Essa junção de aspectos formais e substanciais teria a função de resgatar a possibilidade de garantir efetivamente, aos sujeitos de direito, todos os direitos fundamentais existentes.

Não é por menos, pois, que se defende a superação de outras práticas ilegais que se perpetuam no dia-a-dia forense, vale lembrar, entre outras, a inquisitorial<sup>4</sup> concessão de medida socioeducativa diretamente pelo Ministério Público, mesmo que sem a presença de defensor, e a internação decorrente do descumprimento reiterado das medidas restritivas de direitos aplicadas.

Por conseguinte, diante de uma observação analítica das duas teorias combatentes, o que se vê é que, embora por meio de caminhos díspares, intenta-se, sobretudo, assegurar as garantias constitucionais ao adolescente conflitante com a lei.

No entanto, não se pode negar que a edição da Súmula em testilha, mais do que encerrar uma discussão jurisprudencial que se alongava desde a entrada em vigor do ECA, sinaliza para a confirmação da natureza jurídica sancionatória das medidas socioeducativas e, em consequência, indica a indissociabilidade entre o Estatuto e os demais ramos do direito, cujas garantias neste previstas àqueles deverão ser trasladadas.

Trata-se, na verdade, de atribuir efetividade aos direitos primários dos sujeitos em estado de desenvolvimento que só pode se dar pela *instrumentalidade processual garantista*<sup>5</sup> fomentada por ambas as teorias suscitadas.

4 A formação desta audiência de apresentação em nada se distingue do sistema inquisitorial, cujas características estão bem delineadas por José Antônio Barreiros (1981, p. 12).

5 Sobre a instrumentalidade garantista do processo penal, conferir Lopes Júnior. (2003, p. 5-22).

Em arremate, importa ressaltar que, embora não possua a Súmula em apreço efeito vinculante, inegável é a segurança jurídica emanada de tal consolidação, não somente por ter refreado o embate de idéias sobre o tema abordado, mas, precipuamente, por ter estendido aos adolescentes direitos que se lhes negavam, em confronto com os princípios basilares do ordenamento jurídico vigente.

## 7 REFERÊNCIAS

- BALTAZAR, Antônio Lopes. *Prescrição penal*. São Paulo: Edipro, 2003.
- BARREIROS, José Antonio. *Processo penal*. Coimbra: Almedina, 1981.
- EGER, Joubert Farley. Nova classificação da infração penal no atual sistema criminal brasileiro e o aplocamento da controvérsia de aplicação do instituto prescricional. Disponível em: <www.abmp.org.br>. Acesso em: 4 jul. 2007.
- FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. 5. ed. Roma: Laterza, 1998.
- LEAL, João José. Crimes hediondos e leis de ocasião: uma análise crítica da Lei n. 8.072/90. In: SEMANA DE ESTUDOS JURÍDICOS DO CURSO DE DIREITO DA UNC, 3., palestra proferida em 20 ago. 2004.
- LIBERATI, Wilson Donizete. *Adolescente e ato infracional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- LOPES JÚNIOR, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.
- MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos*. Barueri: Manole, 2003.
- MAIA, Alexandre da. *Ontologia jurídica: o problema de sua fixação teórica (com relação ao garantismo jurídico)*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. I.
- PAULA, Paulo Afonso Garrido de. Ato infracional e natureza do sistema de responsabilização. In: ILANUD; ABMP; SEDH;

UNFPA (Org.). *Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006.

\_\_\_\_\_. *Menores, direito e justiça: apontamentos para um novo direito das crianças e adolescentes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

RAMIDOFF, Mário Luiz. *Lições de direito da criança e do adolescente*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

ROSA, Alexandre Morais da. *Direito infracional: garantismo, psicanálise e movimento antiterror*. Florianópolis: Habitus, 2005.

SARAIVA, João Batista Costa. *Adolescentes em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

\_\_\_\_\_. *Compêndio de direito penal juvenil: adolescente e ato infracional*. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Da prescrição penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

SPOSATO, Karyna Batista. *O direito penal juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.